

A CRIMINALIZAÇÃO DA LGBTFOBIA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DO BRASIL

THE CRIMINALIZATION OF LGBTPHOBIA BY THE BRAZILIAN SUPREME COURT

Christiano Jorge Santos

Graduação na Faculdade de Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP (1991), mestrado em Direito das Relações Sociais (direito penal) pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP (1999) e doutorado em Direito (direito penal) pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP (2008). Concluiu o curso de “Administração e Gestão em Segurança Pública” na Universidade de São Paulo - USP (2005/2006). Foi coordenador dos cursos de pós-graduação da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo (CEAF-ESMP) de dezembro de 2009 a agosto de 2010. Atualmente (biênios 2015/2017 - 2017/2019) é chefe do Depto. de Dir. Penal e Dir. Proc. Penal da Fac. de Direito da PUC-SP. Professor de direito penal e de direito processual penal em diversos cursos de pós-graduação “lato sensu” (PUCSP, ESMP, EPM e Fac. Damásio de Jesus). Como Promotor de Justiça no estado de São Paulo, atuou no Grupo de Combate ao Crime Organizado. Recebeu o prêmio “Luta pela igualdade racial” no ano de 2008, conferido pela Ordem dos Advogados do Brasil/ Comissão do Negro e Assuntos Anti-discriminatórios e também, em 2013, o prêmio “Dr. Benedicto Galvão” conferido pela Ordem dos Advogados do Brasil-SP/Comissão da Igualdade Racial “como reconhecimento da importante militância e incansável luta em favor do povo afrobrasileiro”. Co-coordenador da Comissão do Ministério Público do Estado de São Paulo de acompanhamento do PLS 236/2012 (Projeto do novo Código Penal). Membro auxiliar do GT de Igualdade Racial do MPSP. Membro colaborador do Grupo de Trabalho de Enfrentamento ao Racismo e Respeito à Diversidade Étnica e Cultural (GT4) da Comissão de Defesa dos Direitos Fundamentais do CNMP (Conselho Nacional do Ministério Público).

Cristina Victor Garcia

Graduação na Faculdade de Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP (2004). Participou do Diplomado Internacional sobre Direitos Humanos promovido pelo Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, Instituto Max-Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional, Heidelberg Center para a América Latina e Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP (2009). Mestranda em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Defensora Pública do Estado de São Paulo.

Submetido em: 21/03/2020

Aprovado em: 17/04/2020

Resumo: O presente artigo tem por objetivo trazer elementos críticos acerca da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em 13 de junho de 2019, subsumindo condutas preconceituosas e discriminatórias em razão de orientação sexual¹ e identidade de gênero às disposições da Lei nº

¹Entende-se serem os termos orientação sexual e opção sexual menos adequados que a expressão sexualidade, pois orientar é guiar, indicar o rumo, dirigir, ao passo que optar significa escolher dentre as alternativas possíveis. Todavia, em razão da utilização do primeiro na maior parte dos projetos de lei que versam sobre o tema e pela utilização do termo também pelo Supremo Tribunal

7.716/89. Discorda-se da criminalização das condutas ter sido estabelecida pelo Poder Judiciário, em violação ao princípio da reserva legal, como também não se entende corretos vários dos argumentos expostos para fundamentar a decisão.

Palavras-chave: Criminalização; LGBTfobia; Homofobia; Supremo Tribunal Federal; Preconceito; Discriminação; Racismo; Princípio da Reserva Legal.

Abstract: *The purpose of this study is to provide critical information about the decision handed down by the Brazilian Supreme Court on June 13, 2019, subsuming discriminatory conducts based on sexual orientation and queer theory to the provisions of Law 7.716/89. Disagrees with the criminalization of conduct being established by the judiciary, in violation of the principle of legal reserve, nor are several of the arguments used to base the decision.*

Keywords: *Criminalization; LGBTphobia; Brazilian Supreme Court; Prejudice; Discrimination; Racism; Principle Of Legal Reserve.*

SUMÁRIO: Introdução. 1. O Princípio da Legalidade (reserva legal). 2. A Criminalização da LGBTfobia e o Papel do STF. 3. Dos contrapontos do voto vetor do ministro Celso de Mello. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A sociedade brasileira vive um momento marcado pela defesa das liberdades públicas e, ao mesmo tempo, pelo aumento da intolerância. A resistência ao exercício do direito fundamental à igualdade, constitucionalmente assegurado, infelizmente, cresce à medida em que ele passa a ser mais exercido e também à medida em que parcela dos brasileiros (notadamente, os grupos – ditos – minoritários) cobram sua maior efetividade. Confirma essa situação, a crescente onda de violência contra grupos vulneráveis noticiada pela imprensa, em especial, contra lésbicas, gays, bissexuais e transexuais, a também chamada população LGBT.

Registre-se que embora o termo “homofobia” tenha se popularizado como aquele utilizado para todo o tipo de violência, manifestações de preconceito ou de discriminação contra a população LGBT, adotou-se neste texto a expressão LGBTfobia, mais abrangente.

O avanço dos casos de LGBTfobia no Brasil demonstra de forma inequívoca a necessidade de proteção desse grupo vulnerável, vez que não se pode admitir a ausência de medidas concretas por parte do Estado para enfrentamento da questão, garantindo o direito à igualdade.

Federal no Mandado de Injunção n. 4733-DF e na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26/DF, opta-se por ele neste artigo.

O primeiro projeto de lei acerca da temática de que se tem notícia teria sido apresentado no Congresso Nacional no ano de 2001² e, desde então, não se presenciou grande desenvolvimento nos debates congressuais.

Em razão do evidente atraso legislativo, o Supremo Tribunal Federal (STF) acabou sendo provocado a fim de se posicionar na proteção das pessoas pertencentes ao grupo LGBT, por meio de duas ações constitucionais: o Mandado de Injunção nº 4733, de 2012, movido pela Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transgêneros e Intersexos (ABGLT) e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26, movida pelo Partido Popular Socialista (PPS), em 2013.

Em junho de 2019 concluiu-se o julgamento conjunto de ambas as ações pelo Supremo Tribunal Federal. Os votos dos ministros (notadamente o mais longo deles, do decano da Corte, Celso de Mello), todavia, permitem diversas reflexões jurídicas, principalmente acerca dos fundamentos, dos efeitos e das implicações penais decorrentes do julgamento. Para tanto, este texto está estruturado em três tópicos, sendo que no primeiro pretende-se tratar do princípio da legalidade (reserva legal), no segundo, da sua análise à luz da decisão em comento e, no terceiro, das peculiaridades e dos fundamentos do voto do Ministro Relator, para, então, apresentarem-se as conclusões.

1. O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE (RESERVA LEGAL)

Uma das maiores conquistas no campo dos direitos humanos foi a previsão do princípio da legalidade, o qual, dividido entre a previsão da conduta criminosa como crime em lei (reserva legal), e sua anterioridade: existência – em abstrato – antes da lei antes da conduta culminaram com a previsão na Declaração dos Direitos do Homem de 1879, em seu artigo 8º: “A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada”. A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, em seu artigo XI – também prevê o princípio, com a ressalva aos países de direito costumeiro.

É notório que os estudantes de direito, em seus primeiros contatos com o Direito Penal, logo se deparam com a força do princípio da legalidade, em

²Projeto de Lei de n. 5.003/2001, “de iniciativa da então Deputada Federal Iara Bernardi, visando à tipificação das condutas de preconceito e de discriminação por orientação sexual, providência há muito reclamada, já que os homossexuais pertencem a uma das categorias de pessoas que mais sofrem os efeitos da intolerância (...)” In: SANTOS, Christiano Jorge. *Crimes de Preconceito e de Discriminação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 74-75. Posteriormente foi nomeado como PLC n. 122/2006.

especial ante a leitura da Constituição da República Federativa do Brasil, que o prevê expressamente em seu artigo 5º, inciso XXXIX: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Como garantia constitucional prevista como cláusula pétrea, aprende-se que o princípio da legalidade (reserva legal) é um dos direitos mais importantes, pois envolve hipótese (criminalização de conduta e previsão de pena privativa de liberdade) em que há, portanto, restrição de parcela da liberdade do indivíduo pelo Estado. A sociedade somente compactua com a restrição de seus direitos e liberdades por conhecer e ter ciência de que o fato praticado previsto como crime assim foi reconhecido após obedecer ao rigor e a todas as etapas de criação de uma lei, democraticamente. Aqui, importante lembrar que o processo legislativo implicará a participação social, seja direta ou representativa, de tal modo que a criminalização de condutas reflita formalmente a própria vontade do povo³. Assim, a previsão em lei de uma conduta como criminosa possibilita (ao menos em termos ideais ou em tese) que a população previamente a conheça e, mais que isso, representa que o comportamento foi criminalizado por um pacto da sociedade com o Estado. Tais aspectos são essenciais, à medida em que a prática delitiva implicará consequências potencialmente drásticas, principalmente, via de regra, a privação ou a restrição de sua liberdade. Aquele que, ao saber da previsão de um crime na lei (com a descrição da conduta no tipo penal e a(s) pena(s) correspondente(s)), tem a opção de incidir ou não na previsão, escolhe entre cometer ou não aquele fato (típico). Vale dizer, escolhe correr o risco ou assumir a necessidade de arcar com a sanção penal. A ele se impõe o dilema: “Cometer o crime, vale a pena?”. Mas, independentemente de alguém poder ou não praticar um crime, de querer afrontar o sistema jurídico penal ou não, é inegável que não se pode transigir com o princípio da legalidade penal, notadamente porque destinada a todos e legitimada pelos mecanismos formais.

Lembre-se que referida restrição se dá justamente porque o povo assim o deseja: “todo poder emana do povo” e esse poder é exercido “por meio de representantes eleitos ou diretamente”⁴. Conclusão lógica implica a impossibilidade de qualquer outro Poder, especialmente aquele composto por quem não é eleito, criar normas penais.

Como bem aponta Rogério Greco (2016, p. 61-62):

quando a nossa Carta Maior diz competir privativamente à União legislar sobre Direito Penal, quer dizer que somente com a conjugação da

³“(…) vê-se com clareza que já não é preciso perguntar a quem compete fazer as leis, visto serem atos da vontade geral (...)” (ROUSSEAU, 1996, p. 47).

⁴Artigo 1º, parágrafo único, da Constituição Federal.

vontade do povo, representado pelos seus deputados, com a vontade dos Estados, representados pelos seus senadores, e, ainda, com a sanção do Presidente da República, é que se pode inovar em matéria penal, criando ou revogando, total ou parcialmente, as leis penais.

Verifica-se, portanto, que o processo legislativo valida justamente a cláusula democrática, apresentando-se o princípio da legalidade quicá como o mais forte marco do Estado Democrático de Direito, bem como a pedra fundamental sob a qual se ergue e se sustenta todo o Direito Penal num país de sistema legislativo positivado.

Desta forma, o aplicador da lei penal, o intérprete que sentencia, ou seja, o magistrado, ao identificar lacuna no sistema jurídico-penal relacionada à tipificação de condutas criminosas, não pode se valer da hermenêutica para expandir previsões de outras normas restritivas já existentes, na medida em que: a uma, ele não é representante do povo eleito para editar normas penais; e, a duas, a ampliação de conceitos ou acréscimo de hipóteses em matéria penal no sentido de criminalizar condutas acaba por violar a reserva legal. Como sabido, é vedada a integração das normas incriminadoras por meio da analogia *in malam partem*⁵.

Consequência direta do princípio da legalidade penal é a impossibilidade de uma pessoa ser presa, processada criminalmente e, ao final, condenada, pela prática de uma conduta a qual, por mais repugnante que possa ser ou aparentar, não está prevista na lei como crime.

Traçadas as premissas fundantes do princípio da legalidade, faz-se imprescindível definir a extensão do que se entende por lei penal (incriminadora). Prevalece hoje (o entendimento de que este conceito deve ser compreendido em seu sentido estrito. Vale dizer: lei penal é apenas aquela norma federal⁶ editada pelo Poder Legislativo, sancionada e promulgada pelo Presidente da República e publicada. Nesse sentido, resta afastada a possibilidade de legislação por meio de quaisquer outras espécies normativas e, com maior razão, por utilização de fontes secundárias do direito, como os costumes ou, menos ainda, pelo uso de integração de normas, como na hipótese de analogias *in malam partem* (em prejuízo do suspeito ou réu)⁷. Igualmente certa é a falta de autorização para que

⁵“A analogia é forma de autointegração (não interpretação) da norma, verificável na omissão legislativa sobre determinado assunto. Assim, na ausência de lei (norma) para a situação específica, vale-se o julgador de outra norma positivada prevista para situação semelhante (análoga), visando a preencher o vazio normativo. No direito penal, ante o princípio da reserva legal, não é possível sua aplicação para as normas penais de cunho incriminador”. (SANTOS, [s. d.], p. 15).

⁶Constituição da República, artigo 22: “Compete privativamente à União legislar sobre: I (...) direito penal (...)”.

⁷“A lei penal é, assim, um sistema fechado: ainda que se apresente omissa ou lacunosa, não pode

sejam diretamente criminalizadas condutas em nossa Constituição da República. Limita-se o texto constitucional, no tema das normas penais incriminadoras, à possibilidade de previsão de indicação de condutas que, por meio de lei, devem ser criminalizadas – os chamados “mandados de criminalização” –, pois somente a lei em sentido estrito deve ser admitida como instrumento legítimo para criar tipos penais e cominar sanções.

De igual modo, a Constituição Federal expressamente prevê a vedação à utilização da medida provisória para tratar de matéria penal (artigo 62, §1º, inciso I, alínea “b”), em decorrência, exatamente, do princípio da reserva legal, como preconiza André Ramos Tavares, posto que “[...] as condutas sociais que merecem criminalização originam-se de um longo e lento reconhecimento de sua perniciosidade para o coletivo. Ao contrário, a medida provisória surge apenas quando houver relevância e urgência do tema” (TAVARES, 2019, p. 1213).

Também merece referência tema amplamente reconhecido na doutrina, aliás, a questão atinente aos denominados tipos penais abertos. Isto porque eles, de modo peculiar, ferem o princípio da legalidade, por violação a um de seus corolários, o princípio da taxatividade. Tais figuras típicas são assim definidas como as normas penais incriminadoras (criadas por lei) pelas quais são previstas condutas sem definição precisa, de forma ampla e genérica. Ora, conceitos vagos e indeterminados acabam por exigir atividade interpretativa excessiva por parte do julgador, o que acarreta a aplicação descontrolada de ideologias e de princípios pessoais violando, por conseguinte, a segurança jurídica e a legalidade estrita. Vale dizer: embora formalmente prevista em lei como típica, uma norma incriminadora vaga permite ao juiz nela incluir uma gama indeterminada e grande de hipóteses, promovendo a subsunção de fatos dos mais variados sob o abrigo da norma o que implicaria, por via indireta, a imprópria criação da lei na casuística dos julgamentos pelo Poder Judiciário.

Respeitadas opiniões divergentes, entende-se como imprescindível que o indivíduo tenha plena e ampla ciência de que a conduta por si praticada ou cogitada é legalmente estabelecida como crime, pois havendo dúvidas ou possibilidade extraordinariamente larga de interpretações divergentes abre-se a porta para subjetividades indevidas, em atentado à segurança jurídica, pois todos tem o direito de saber numa dada sociedade quais são as condutas tidas como lícitas e aquelas previstas como criminosas, para que se possa usufruir da liberdade de optar por praticar as primeiras e de se evitar a prática das últimas.

ser suprida pelo arbítrio judicial, ou pela analogia, ou pelos princípios gerais de direito, ou pelo costume. Do ponto de vista de sua aplicação pelo juiz, pode mesmo dizer-se que a lei penal não tem lacunas. Se estas existem sob o prisma da política criminal (ciência pré-jurídica), só uma lei penal (sem efeito retroativo) pode preenchê-las” (HUNGRIA, 1958, p. 13).

E a insegurança jurídica é exatamente o que se gera com a criminalização da LGBTfobia, por meio de decisão judicial proferida pela mais alta Corte do país.⁸

2. A CRIMINALIZAÇÃO DA LGBTFOBIA E O PAPEL DO STF

Não se coloca em dúvida a importância do tema nem o anseio pela proteção dos direitos dos indivíduos que sofrem diuturnamente e em números crescentes, com atos de violência, com condutas preconceituosas e discriminatórias pelos simples fatos de expressarem seus desejos e opiniões ou mesmo por serem o que são, no que tange à sexualidade.

Aliás, de acordo com os dados coletados pelo Grupo Gay da Bahia (GGB)⁹, única organização não governamental (ONG) de que se tem notícia a se dedicar à pesquisa e compilação de dados da violência contra lésbicas, gays, bissexuais e transexuais (LGBT), especificamente, no Brasil, o país assumiu o recorde no *ranking* de países que mais mata LGBTs no mundo. No ano de 2018, quatrocentas e vinte (420) mortes ocorreram, sendo que trezentas e vinte (320) pessoas do grupo foram vítimas de homicídios e m (100) se suicidaram, significando que a cada vinte (20) horas uma pessoa LGBT foi vítima de violência, quer por homicídio ou por suicídio. E mais, conforme os dados coletados, referida violência tem aumentado consideravelmente nos últimos anos, devendo mobilizar o Poder Público na tomada de providências.

O número significativo de atos de violência, bem como o seu crescimento nos últimos anos, portanto, evidenciam a necessidade da tomada de providências por parte do Estado brasileiro, a fim de que mencionada população não fique desprotegida e se sinta ameaçada, tão somente por ser quem é. Aliás, as próprias liberdades previstas e aclamadas na CRFB apontam para a premência de proteção do grupo LGBT. É lamentável que, após mais de trinta anos da promulgação da CRFB e as previsões expressas nos artigos 1º. inciso III (dignidade da pessoa humana enquanto fundamento da República), o Estado ainda não tenha estabelecido a proteção jurídico-penal desse importante grupo social, por meio de políticas públicas de educação e de segurança pública, a título exemplificativo.

No que tange à atuação legislativa, a criminalização da LGBTfobia também seria importante providência a tomar (desde que pela via formalmente adequada).

Argumenta-se, apesar disso, que as soluções estatais não podem ser sim-

⁸ Para que eventual dúvida não paire, o autor e a autora deste artigo são favoráveis à criminalização da homofobia, todavia, como em qualquer hipótese de criminalização, pela forma adequada, ou seja, com crime criado por lei.

⁹ <https://grupogaydabahia.files.wordpress.com/2019/01/relat%C3%B3rio-de-crimes-contra-lgbt-brasil-2018-grupo-gay-da-bahia.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2019, às 10h30.

bólicas, populistas e irrefletidas. Nessa toada, compreende-se que a seleção dos bens jurídicos a serem tutelados por meio do Direito Penal e a escolha da sanção penal devem ser racionalmente justificadas no curso do processo legislativo, bem como a Justiça Criminal (no exercício da jurisdição constitucional) deve afirmar – e fiscalizar – a observância das mesmas balizas constitucionais.

Sabe-se que a função típica do Poder Legislativo é produzir leis – normas gerais e abstratas que alteram a ordem jurídica –, assim como a função típica do Poder Judiciário é julgar – decidir uma controvérsia em busca da pacificação social. Embora os Poderes possam exercer funções atípicas, a fim de que haja um sistema de “freios e contrapesos” e se promova um equilíbrio entre eles, deve-se ter em conta que estas são limitadas, de modo que prevaleça a convivência harmônica, nos termos do que preceitua o artigo 2º da CFRB¹⁰.

Nesse sentido, se eventual participação popular não é suficiente para ensejar o movimento do Poder Legislativo na criação de tipos penais incriminadores para a proteção de direitos fundamentais, não pode conduzir a movimentação ilimitada do Poder Judiciário em tal sentido, na medida em que a forma como essa proteção deve ocorrer é tarefa atribuída ao parlamento. O Direito Penal, regido pela reserva legal (diferentemente de alguns outros ramos do Direito), acaba por implicar o cerceamento das liberdades públicas e, portanto, a sua evolução deve observar a cláusula democrática e seguir os ditames do processo legislativo.

Sob o discurso genérico do combate à criminalidade e da impunidade, não se pode admitir a violência de outros direitos e garantias fundamentais mediante o exercício de uma ginástica interpretativa, ainda que justificada pela proteção da comunidade LGBT, que tanto necessita de atenção do Estado.

O princípio da legalidade penal é também direito fundamental e objetiva justamente proteger o cidadão contra possíveis e eventuais arbitrariedades estatais, não permitindo flexibilizações.

Dessa forma, considerando que o Poder Judiciário não foi eleito pelo povo, não se pode presumir que ele represente a sua vontade e que, por meio de decisão sem participação social, tipifique condutas e comine penas. Como bem apontava Beccaria (2006), como parte integrante da sociedade que é, nenhum juiz age com justiça se aplicar pena a outro membro em patamar superior – ou aqui inexistente – àquele previsto em lei (BECCARIA, 2006).

Aparentemente, não foi o que assistiu a sociedade brasileira nos últi-

¹⁰ Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

mos meses. Em 13 de junho de 2019, o Supremo Tribunal Federal (STF), Corte Suprema no Brasil, em julgamento inédito, por oito votos a três (8x3), entendeu por criminalizar a LGBTfobia.¹¹

¹¹“O Tribunal, por unanimidade, conheceu parcialmente da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Por maioria e nessa extensão, julgou-a procedente, com eficácia geral e efeito vinculante, para: a) reconhecer o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional na implementação da prestação legislativa destinada a cumprir o mandado de incriminação a que se referem os incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição, para efeito de proteção penal aos integrantes do grupo LGBT; b) declarar, em consequência, a existência de omissão normativa inconstitucional do Poder Legislativo da União; c) cientificar o Congresso Nacional, para os fins e efeitos a que se refere o art. 103, § 2º, da Constituição c/c o art. 12-H, *caput*, da Lei nº 9.868/99; d) dar interpretação conforme à Constituição, em face dos mandados constitucionais de incriminação inscritos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Carta Política, para enquadrar a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89, até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional, seja por considerar-se, nos termos deste voto, que as práticas homotransfóbicas qualificam-se como espécies do gênero racismo, na dimensão de racismo social consagrada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento plenário do HC 82.424/RS (caso Ellwanger), na medida em que tais condutas importam em atos de segregação que inferiorizam membros integrantes do grupo LGBT, em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, seja, ainda, porque tais comportamentos de homotransfobia ajustam-se ao conceito de atos de discriminação e de ofensa a direitos e liberdades fundamentais daqueles que compõem o grupo vulnerável em questão; e e) declarar que os efeitos da interpretação conforme a que se refere a alínea “d” somente se aplicarão a partir da data em que se concluir o presente julgamento, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli (Presidente), que julgavam parcialmente procedente a ação, e o Ministro Marco Aurélio, que a julgava improcedente. Em seguida, por maioria, fixou-se a seguinte tese: 1. Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, “in fine”); 2. A repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem restringe ou limita o exercício da liberdade religiosa, qualquer que seja a denominação confessional professada, a cujos fiéis e ministros (sacerdotes, pastores, rabinos, mulás ou clérigos muçulmanos e líderes ou celebrantes das religiões afro-brasileiras, entre outros) é assegurado o direito de pregar e de divulgar, livremente, pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, o seu pensamento e de externar suas convicções de acordo com o que se contiver em seus livros e códigos sagrados, bem assim o de ensinar segundo sua orientação doutrinária e/ou teológica, podendo buscar e conquistar prosélitos e praticar os atos de culto e respectiva liturgia, independentemente do espaço, público ou privado, de sua atuação individual ou coletiva, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações que incitem a discriminação, a hostilidade ou a violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero; 3. O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito, vencido o Ministro

Não se questiona a importância do papel contramajoritário do Supremo Tribunal Federal (STF) na proteção das garantias e dos direitos fundamentais de grupos vulneráveis. Como órgão máximo do Poder Judiciário e com atribuição constitucional expressa de guardião da Constituição Federal – artigo 102, “caput”, da CRFB –, o olhar voltado às minorias acaba refletindo a sua própria relevância. Hipoteticamente, como exemplo desse papel contramajoritário, é intuitivo que o STF não permitiria a manutenção de eventual deliberação do Congresso Nacional por meio de Emenda Constitucional que permitisse a utilização de provas ilícitas no processo penal – protegeria o art. 5º, inciso LVI, e o art. 60, §4º, da CRFB. Parece claro, ainda, que essa seria uma típica atuação do STF contra suposta vontade das majorias, a revelar que a cláusula democrática também se efetiva por meio da proteção das minorias¹².

Nos últimos anos, como se sabe, tem-se assistido um giro da opinião pública em direção ao Pleno do STF e, junto a esse movimento, uma escalada da pressão social e midiática – muitas vezes apaixonada e desprovida de racionalidade – em busca de fazer valer os seus interesses nas decisões dos julgadores. Há quem sustente, aliás, que um dos fatores para a transferência do debate público para o Judiciário tenha sido a crise de representatividade dos Poderes Legislativo e Executivo, bem como a sua omissão em temas espinhosos que acabariam por dividir o eleitorado.

Argumenta-se, ademais, que o paradigma pós-positivista (ou neoconstitucionalista) também acabou por fortalecer o Poder Judiciário, notadamente por reconhecer a força normativa dos princípios (expressos e implícitos) e, por consequência, permitir um novo instrumental hermenêutico na solução das colisões de interesses e valores diante de casos concretos. A propósito, Barroso (2015, p. 7-8) sustenta que:

O neoconstitucionalismo identifica uma série de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, nas últimas décadas, que tem (i) como marco filosófico o pós-positivismo, que será objeto de comentário adiante; (ii) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, após a 2ª Guerra Mundial, e, no caso brasileiro, a redemocratização institucionalizada pela Constituição de 1988; e (iii) como marco

Marco Aurélio, que não subscreveu a tese proposta. Não participaram, justificadamente, da fixação da tese, os Ministros Roberto Barroso e Alexandre de Moraes. Plenário, 13.06.2019.” (STF, 2019).

¹²“Mesmo no âmbito do espaço público, alguns sustentam que democracia significa a atribuição de poder decisório a agentes escolhidos pelo povo; para outros, ela exige, mais que isso, a participação do povo nos processos de tomada de decisões. A maior parte das concepções sobre o tema agrega ainda ao conceito, ao menos no plano teórico, a necessidade de respeito aos direitos fundamentais – inclusive e particularmente das minorias – como um elemento fundamental para qualquer regime democrático” (BARCELLOS, 2009, p. 93).

teórico, o conjunto de novas percepções e de novas práticas, que incluem o reconhecimento de força normativa à Constituição (inclusive, e sobretudo, aos princípios constitucionais), a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional, envolvendo novas categorias, como os princípios, as colisões de direitos fundamentais, a ponderação e a argumentação. O termo neoconstitucionalismo, portanto, tem um caráter descritivo de uma nova realidade, mas conserva, também, uma dimensão normativa, isto é, há um endosso a essas transformações. Trata-se, assim, não apenas de uma forma de descrever o direito atual, mas também de desejar-lo. (...). No Brasil, sob a vigência da Constituição de 1988, o Judiciário, paulatinamente, deixou de ser um departamento técnico especializado no governo para se tornar um verdadeiro poder político. Com a redemocratização, aumentou a demanda por justiça na sociedade e, conseqüentemente, juízes e tribunais foram crescentemente chamados a atuar, gerando uma judicialização ampla das relações sociais no País. Esse fato é potencializado pela existência, entre nós, de uma Constituição abrangente, que cuida de uma ampla variedade de temas. No fluxo desses desenvolvimentos teóricos e alterações institucionais, e em parte como consequência deles, houve um importante incremento na subjetividade judicial. (...).

Soma-se a essas considerações, o argumento de que o aperfeiçoamento dos mecanismos de transparência ampliou e democratizou o acesso da sociedade aos julgamentos e debates travados no âmbito do Judiciário, em especial nas sessões do Pleno do STF (LEAL, 2011), que são televisionadas (ao vivo). Descrevendo essa particularidade, Mello (2015, p. 360-361) asseverou:

O Supremo Tribunal Federal julga casos de grande relevo para a nação. As sessões de julgamento são públicas. As sessões plenárias – responsáveis pelos casos mais importantes – são televisionadas, transmitidas ao vivo, por um canal oficial gratuito, a grande parte da população. A atuação dos ministros e os julgamentos são acompanhados de perto pela mídia, cuja atenção é especialmente atraída quando o assunto tem relação com a corrupção no Poder Público. De maneira geral, os ministros do STF são extremamente expostos ao público. Não surpreende, portanto, a afirmação do ministro Ayres Britto, segundo o qual os ministros são ‘figuras midiáticas’. Tal exposição, sem dúvida, interfere no comportamento judicial.

Independentemente das razões, fato é que o Judiciário, delimitado no presente texto a sua última Corte, tem decidido as questões mais relevantes da República “ao vivo e a cores”, fenômeno que também não passa ileso a críticas bastante relevantes, seja do ponto de vista do que se convencionou denominar

de “déficit democrático” do controle judicial, seja da perspectiva de eventuais excessos convencionados como “ativismo judicial”.

Parece ser consenso que cada vez mais a pauta política da sociedade tem sido incorporada também pelos discursos jurídicos e pelas decisões do STF (independentemente do juízo de valor que se faça a respeito). E o outro lado também é verdadeiro: cada vez mais a sociedade e a imprensa acompanham a rotina dos ministros e como eles decidem temas sensíveis. Ora criticam, ora aplaudem. Conhecem cada ministro pelo nome e pelo seu histórico profissional. Tal situação apenas revela que o ambiente judicial, ao menos na mais alta Corte do país – e ao menos no Pleno –, tem sofrido uma grande abertura. Evidentemente é preciso enaltecer as iniciativas que tendem à abertura dos poderes constituídos e das instituições públicas, pois apenas assim, por meio do controle social, a democracia se faz viva. Porém, a preocupação que parece necessária se manter – e essa é a ideia do presente estudo – é que essa porosidade positiva do STF para além de não diminuir o seu papel contramajoritário na proteção das minorias por influência da opinião pública, também não extrapole a atribuição que possui o importante órgão no nosso país.

Assim, não há dúvidas de que a atuação do STF deva também se pautar na proteção das garantias e direitos fundamentais de um grupo que sofre sérios e crescentes ataques, como a população LGBT. Contudo, não se pode admitir que, ao fazê-lo, o STF acabe, na contramão, violando outros direitos e garantias fundamentais, em especial a pedra angular de todo o sistema jurídico-penal brasileiro, qual seja, o princípio da estrita legalidade.

Se por um lado a violência, frise-se, novamente, absurda, contra a população LGBT cresce e demanda do Estado posturas enérgicas, por outro, não pode o STF assumir funções que não se lhe são previstas, chamando para si a responsabilidade de tentar solucionar a situação, na medida em que tal postura fere, ao final, a cláusula democrática e se afasta da própria justiça.

Não se pode negar que a CRFB, em seu artigo 5º, inciso XLI, trouxe um mandado de criminalização contra atos que atentem contra direitos e garantias fundamentais ao dispor que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”. No entanto, a existência de referido mandado de criminalização implica a necessidade de o legislador infraconstitucional atuar para punir atos discriminatórios, mas não abrange nem permite a atuação do Poder Judiciário nesta atividade, se ela acarretar a violação de outros direitos e garantias fundamentais. Em outras palavras, a atuação do Poder Judiciário estaria limitada aos próprios direitos e garantias fundamentais. O mandado de criminalização define a existência de bem jurídico a ser tutelado pelo Direito

Penal, mas não permite ao STF que se arvore na atividade legislativa, criando tipos e cominando sanções.

Há um limite da atuação jurisdicional notadamente no que se refere ao exercício de funções atípicas, a fim de que esteja garantida a própria separação dos poderes. Neste sentido, defendem Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2017, p. 1088):

o juiz, ao suprir a omissão de tutela a direito fundamental, não pode ir além do que é minimamente suficiente para garantir o dever de proteção. Ir além é adentrar em espaço proibido a quem tem incumbência de apenas controlar a insuficiência de tutela ou, em outros termos, dar ao juiz poder igual ao do legislador.

Nesse ponto, inclusive, interessante considerar que os princípios da legalidade penal e tributária se equivalem em termos conceituais de impossibilidade de flexão, isto é, são princípios com os quais não se pode transigir. A criação de um tributo deve obedecer rigorosamente ao processo legislativo, tanto quanto a tipificação de um delito. Pois bem, ao se analisar o artigo 153, inciso VII, da CRFB, nota-se que há um mandado constitucional de criação do imposto sobre grandes fortunas. Pergunta-se: poderia o STF, entendendo que o Poder Legislativo está em mora de mais de trinta anos, decidir pela criação temporária de referido imposto? Ao que tudo indica, a resposta seria negativa, justamente por violação ao princípio da legalidade tributária. O consentimento do contribuinte em ser tributado pelo Estado, assim como o consentimento do réu em ser punido e ver cerceada sua liberdade, exige a prévia existência de norma, por meio da qual se tenha conhecimento com antecedência de que determinada conduta implicará o pagamento de tributo ou ensejará a cominação de pena. Por qual razão, então, pôde o STF criminalizar a LGBTfobia violando o princípio da legalidade penal?

Ademais, deve-se considerar que a decisão acerca da tipificação de condutas criminais obedece a questões de política criminal, ou seja, não se define qual fato será delituoso apenas com base na ojeriza de sua prática ou tampouco pelo apelo ou clamor social. O Poder Legislativo tem o dever de pautar a sua atuação, quando da criminalização de condutas, por princípios e estudos voltados à redução – ou quiçá voltados à eliminação – da criminalidade. Não se pode ignorar a existência de estudos científicos acerca das questões criminológicas e, nesse sentido, a criminalização de condutas não pode ser deles dissociada. Assim, para muito além de ouvir o anseio social, deve-se buscar soluções de pacificação dos conflitos de modo a obter resultados voltados ao próprio desenvolvimento social.

Aliás, a criminalização da LGBTfobia parece se aproximar muito mais da pre-

visão do artigo 5º, inciso XLI, do que do artigo 5º, inciso XLII, ambos da CRFB. Isso porque talvez o conceito de racismo não possa ser expandido de forma indiscriminada, ainda que mediante previsão legislativa. A uma, porque sempre seria possível identificar grupos sociais não protegidos, ou seja, é infinita a possibilidade de identificação de grupos tidos como vulneráveis. A duas, porque deve-se ter como norte que o mandado de incriminação previsto no art. 5º, inciso XLII, da CFRB se refere especificamente apenas ao racismo e não a todo e qualquer tipo de discriminação. Assim, para que se aplique a inafiançabilidade e a imprescritibilidade previstas no dispositivo constitucional, a prática deve ser de *racismo*, palavra que, historicamente inserida na Constituição Federal com tal significado, advém do termo *raça*, e assim, deveria limitar-se às práticas preconceituosas e discriminatórias relativas a ela e a hipóteses que dela possam decorrer, como cor e etnia (até porque as normas de natureza penal devem ser interpretadas restritivamente)¹³.

Não por outro motivo, Carlos Maximiliano asseverou: “Estritamente se interpretam as disposições que restringem a liberdade humana (...); consequentemente, com igual reserva se aplicam os preceitos tendentes a agravar qualquer penalidade” (MAXIMILIANO, 1995, p. 322).

Evidentemente que, ao se defender a limitação do conceito de racismo não se objetiva afirmar que não existam repugnantes ações discriminatórias contra outros grupos vulneráveis, como o aqui tratado, que mereçam proteção legislativa, exatamente nos termos do art. 5º, inciso XLI, CRFB. O que se discute é a ampliação do conceito de racismo, ainda mais mediante decisão judicial, em ofensa ao princípio da legalidade penal, para o fim de também expandir a previsão constitucional de impossibilidade de fixação de fiança e prescrição, uma vez que tal expansão significaria limitar, em contrapartida, outros tantos direitos fundamentais previstos no mesmo artigo 5º da CRFB.

De toda forma, o que parece salutar é o fato de que duas semanas após o STF formar maioria pela tipificação da LGBTfobia como crime de racismo, o Poder Legislativo aprovou na Comissão de Direitos Humanos e Minorias da Câmara dos Deputados projeto de lei que torna de fato crime a LGBTfobia, bem como, na sequência, antes da retomada do julgamento pelo STF, aprovou na Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal, uma proposta para inclusão da discriminação por identidade de gênero ou orientação sexual na Lei nº 7.716/89. Não se pode negar que a atuação do STF acabou por movimentar a Câmara dos Deputados e o Senado Federal no sentido de punir a repugnante discriminação

¹³Classificado como “racismo em sentido estrito” como os crimes de preconceito e de discriminação previstos na Lei n. 7716/89 quando se verificar violação ao bem jurídico igualdade no tocante à raça e à cor da(s) pessoa(s) (eventualmente, poderá abranger também a elementar do tipo “etnia”) (SANTOS, 2010).

que se encontrava há décadas sem atenção do Poder Legislativo.

Registre-se a proposta em trâmite no Senado Federal – Projeto de Lei nº 672/2019 – que altera a chamada Lei de Racismo, ampliando o seu conceito. Já na Câmara dos Deputados, um dos encaminhamentos, ainda provisório, é no sentido de punir com maior rigor os atos praticados de discriminação praticados contra a população LGTB, criando causas de aumento de pena ou circunstâncias agravantes, aumentando, portanto, as penas de crimes já previstos na legislação penal vigente – como lesão corporal e injúria. Esta proposta, que não amplia a conceito de racismo, parece ser o caminho mais adequado para a proteção do grupo vulnerável em questão, sem que se incorra em imprecisões de ampliação de conceitos.

Importante lembrar ainda que, nos termos do artigo 5º, inciso LXXI, da CRFB, o mandado de injunção, uma das ações propostas objetivando a criminalização da LGBTfobia, somente é cabível quando se identificar a ausência de lei regulamentadora que “torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”. Assim, não é cabível o mandado de injunção para se questionar qualquer tipo de omissão legislativa.

Partindo-se dessa premissa e considerando que o crime de racismo já havia sido tipificado na Lei nº 7.716/89 – sem se aprofundar neste momento a temática se o conceito legal existente e penas cominadas são adequadas – não parece a criminalização da LGBTfobia ser hipótese a ensejar a impetração de mandado de injunção, uma vez que não se consegue identificar que a ausência de previsão legal do crime de ações discriminatórias acarrete a inviabilidade do exercício de direitos e liberdades constitucionais ou prerrogativas inerentes à cidadania.

Ainda que se supere a questão referente ao seu cabimento, não se poderia visualizar efeitos concretos da procedência de um mandado de injunção aptos a criminalizar condutas. Nos termos do artigo 8º da Lei nº 13.300/16¹⁴, reconhecida a mora legislativa, o Poder Judiciário fixará prazo razoável para a promoção de norma regulamentadora e, em caso de descumprimento, estabelecerá em quais condições se dará o exercício dos direitos e liberdades constitucionais ou prerrogativas reclamadas. Nesse sentido, observando-se que a falta de um tipo penal não inviabiliza o exercício de direitos, liberdades ou prerrogativas, o único resultado possível da procedência de mandado de injunção em matéria penal seria a notificação do Poder Legislativo para editar norma em prazo

¹⁴ Art. 8º Reconhecido o estado de mora legislativa, será deferida a injunção para: I - determinar prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora; II - estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados ou, se for o caso, as condições em que poderá o interessado promover ação própria visando a exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado

razoável.

Não se olvida que o constrangimento do Poder Legislativo pode ser uma consequência saudável e que traga os resultados realmente desejados, conforme a mencionada “chacoalhada” em curto período a que se assistiu após a polêmica decisão proferida pelo STF. E, neste ponto, o mesmo raciocínio deveria ser aplicado aos efeitos do julgamento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO). Contudo, embora por vezes a sua procedência não traga concretude e resultados imediatos, diferentemente do mandado de injunção, deve-se lembrar que o objetivo principal de uma ADO é assegurar a prevalência e supremacia da própria Constituição Federal.

Assim, parece cristalino que quando se está diante de um cenário diverso da tipificação penal em que há possibilidade de adaptação ou aplicação de analogia por norma já existente, a atuação do Poder Judiciário não poderá se sobrepor à atuação do Poder Legislativo, mas apenas indicar o caminho para a solução de um conflito. O que se questiona neste artigo é justamente o ativismo judicial – e, portanto, assunção de atividade atípica pelo Poder Judiciário – na situação em que o Direito Penal não a admite, justamente por força do princípio da reserva legal.

Até se poderia questionar qual a efetividade do julgamento de procedência de uma ADO caso ela se limite a notificar o Poder Público a suprimir a omissão em prazo pré-fixado e, mesmo assim, ele permaneça inerte. No entanto, o caminho parece ser a responsabilização do Estado, por meio de ação própria, pelo referido descumprimento, pois, uma vez configurada a mora, de modo claro, o Estado deverá responder civilmente pelos danos causados que, nesta hipótese, seriam inclusive presumidos.

3. DOS CONTRAPONTOS AO VOTO VETOR DO MINISTRO CELSO DE MELLO

Incumbe demonstrar, além de todo o exposto acima, que a decisão do Supremo Tribunal Federal não foi correta e que, baseada fundamentalmente nos argumentos expostos no voto do Ministro Celso de Mello, é uma construção frágil e repleta de equívocos.

Primeiramente, porque se valeu de argumento emocional indevido: ao justificar a necessidade de criminalização da homofobia ou transfobia (aqui tratada como LGBTfobia), teceu o magistrado longas considerações sobre o número de pessoas pertencentes a tais grupos que eram (e continuam a ser) assassinadas no país, valendo-se também das estatísticas expostas no início deste trabalho pela ONG Grupo Gay da Bahia (GGB). Estabeleceu que a omissão do legislador

deixava as pessoas de tal grupo discriminado ao desamparo, razão pela qual não se podia continuar a esperar a iniciativa do Poder Legislativo, até então omissa.

Ora, lamentavelmente, não se esclareceu em nenhum ponto do acórdão que as agressões sofridas pela “população gay” (mencionadas na pesquisa) normalmente subsumem-se aos tipos penais que descrevem o homicídio e as lesões corporais, os quais, como é notório, já são delitos desde a primeira redação do Código Penal em vigor (artigos 121 e 129). Vale dizer, se a população LGBT continua a ser morta e agredida não é por falta de legislação, mas sim por falta de adequadas políticas públicas de educação e de segurança pública, dentre outros aspectos.

E, por óbvio, a inclusão da LGBTfobia como crime da Lei 7716/89 (que diz respeito a delitos de preconceito e de discriminação, tais como negar emprego ou impedir o acesso a um restaurante, ou exteriorizar por palavras o preconceito, por exemplo, dentre outras condutas) não interferirá nos índices de mortalidade e de agressão da população LGBT.

Acresça-se também ser de inutilidade flagrante a parte da decisão que estabelece (como se fosse o STF “legislador a doutrinar”) serem crimes qualificados pela torpeza os homicídios com motivação homofóbica (“LGBTfóbica”). Isso porque vários dos casos levados a julgamento no Brasil em tais circunstâncias, geraram condenações com a inclusão da qualificadora do motivo torpe (artigo 121, § 2º, inciso I, CP), ou com tal circunstância entendida como agravante genérica (artigo 61, II, “a”, do mesmo código).¹⁵ Ou seja, embora seja bem vindo o aperfeiçoamento legislativo para a inclusão expressa de uma qualificadora específica para a motivação pela intolerância, como a jurisprudência já encontrou – há tempos – uma eficaz alternativa para aumentar o rigor da lei, nenhuma urgência existe a justificar a intromissão do Supremo Tribunal Federal nas competências do Poder Legislativo.

Outra crítica possível e pertinente, diz respeito ao emprego (vedado pelo direito e negado pelo ministro) da analogia “in malam partem” - inequivocamente verificado com a inclusão da LGBTfobia na Lei n. 7716/89.

Explica-se: boa parte dos que aplaudiram juridicamente a decisão olvidou-se de analisar de modo acurado o texto da Lei 7716/89 (também conhecida como

¹⁵ Como a condenação por homicídio qualificado por motivo torpe dos skinheads agressores de Edson Neris da Silva (noticiada pelo jornal Folha de S.Paulo, de 15-2-2001, caderno Cotidiano, p. C1), adestrador de cães que caminhava na Praça da República em São Paulo de mãos dadas com seu companheiro (processo que tramitou perante a 1ª Vara do Júri da capital). O mesmo se verificou com os membros da gangue denominada “Devastação Punk” que causaram lesões corporais de natureza gravíssima em um professor gay que caminhava pela rua da Consolação, também no bairro dos Jardins, na capital paulista. Consta dos autos do processo de n. 050.07.013091-4 (4ª Vara Criminal do Foro Central de São Paulo), que antes dos socos e pontapés de coturno no rosto da vítima, os agressores disseram: “É viado, vai ter que correr” (SANTOS, 2010, p. 74).

“Lei Caó”, em homenagem ao ex-deputado Carlos Alberto Caó). Nela, ao contrário do que se possa imaginar, em nenhum momento é utilizada a palavra racismo (prevista no mandado de criminalização do artigo 5º, inciso XLII, da CRFB¹⁶). Ora, tal circunstância deve ser somada ao fato de que a redação original da mencionada lei se referia apenas ao preconceito e à discriminação em virtude da “raça e cor”. Daí, entendeu-se claramente, de início, serem racismo somente tais hipóteses: preconceito e discriminação de raça e cor, nas hipóteses de condutas típicas expressamente nela previstas (“conceito restritivo”, acima mencionado). Somente com a alteração promovida pela Lei n. 9459, de 13 de maio de 1997, é que foram agregados ao artigo 1º e ao artigo 20, *caput*, da “Lei Caó”, as elementares do tipo “etnia”, “religião” e “procedência nacional”. Portanto, não há e nunca houve no Brasil a figura típica na qual conste expressamente prevista a elementar “racismo”.

Note-se, de plano, que a inclusão dos novos grupos de pessoas discriminadas deu-se por meio de elaboração legislativa ordinária.

Pois bem, ainda assim, os autores deste artigo continuam a defender o conceito estrito de racismo, mas se entende como aceitável o conceito “amplo” estabelecido a partir do “Caso Siegfried Ellwanger” (Habeas Corpus 82.424-2/RS) julgado no Supremo Tribunal Federal. Tal conceito derivou da decisão de indeferimento do *writ* ao condenado, o qual pretendia obter a extinção de sua punibilidade sob a alegação de que o crime de preconceito de religião, embora previsto na Lei n. 7716/89 como tal, era prescritível, pois nem todos os crimes das normas contidas na “Lei Caó” configuravam racismo.

Por maioria de votos, entendeu-se (apenas e tão somente) que o preconceito de religião era também hipótese de racismo e, portanto, de acordo com a norma constitucional esculpida no artigo 5º, inciso XLII, imprescritível. Nada mais, repita-se.

Cabe ressaltar que a acusação pela qual foi condenado Siegfried Ellwanger (preconceito por religião) era – e continua a ser – conduta prevista como crime na lei n. 7716/89. Assim, o que se fez foi interpretar que aquele delito previsto em lei, equiparava-se ao racismo (previsto na Constituição Federal) para fim de seu reconhecimento como imprescritível e inafiançável.

Isso não quer – e nunca quis dizer – que se torna possível a equiparação de toda e qualquer conduta preconceituosa ou discriminatória como criminosa.

Neste ponto, convém estabelecer como um dos critérios interpretativos mais respeitados no âmbito do direito brasileiro, a previsão de que a lei não con-

¹⁶ “A prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei” (g. n.)

tém palavras inúteis.^{17 18}

Torna-se óbvio, portanto, que o legislador, ao estabelecer como crimes o preconceito e a discriminação de raça, cor, etnia, religião e procedência nacional, não estabeleceu que outros grupos de pessoas-alvo de intolerância tivessem a proteção criminal.

Logo, se o legislador tivesse querido¹⁹ incluir como tais as pessoas do grupo LGBT, já o teria feito anteriormente e, se não o fez, foi porque parcela da sociedade brasileira é contrária a tal inclusão (goste-se ou não) e os parlamentares que defendem seus interesses atuam em atenção à convicção de seus eleitores, além de outras tantas questões políticas complexas que envolvem a aprovação de um projeto de lei. E, obviamente, se o Poder Legislativo possui a capacidade representativa do povo e entende que o tema não está maduro o suficiente para se estabelecer a criminalização, falta legitimidade ao Supremo Tribunal Federal para “legislar”.

Caso se entenda que toda e qualquer forma de intolerância (a todo e qualquer grupo alvo de preconceito e de discriminação) é crime de racismo enquadrável na Lei 7716/89 (ressalte-se: marcado com a gravíssima consequência da imprescritibilidade - artigo 5º, inciso XLII, da Constituição), é inexplicável a existência na lei das elementares dos tipos “raça, cor, etnia, religião e procedência nacional”.

Seguindo o mesmo raciocínio, igualmente resta incompreensível a razão de haver diversas leis que preveem crimes de intolerância contra determinados grupos de pessoas, como se verifica, exemplificativamente, no Estatuto do Idoso (Lei. n. 10.741/2003 – artigo 96), no Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146/2015 – artigo 88), na Lei que “criminaliza a discriminação dos portadores do vírus da imunodeficiência humana (HIV) e doentes de AIDS” (Lei 12.984/2014 – art. 1º), dentre outras²⁰, pois discriminar um idoso ou uma pes-

¹⁷“Presume-se que a lei não contenha palavras supérfluas; devem todas ser entendidas como escritas adrede para influir no sentido da frase respectiva” (MAXIMILIANO, 1995, p. 110).

¹⁸“*Interpretatio in quacumque dispositione sic facienda ut verba non sint superflua et sine virtute operandi*. A interpretação em qualquer disposição deve ser interpretada de modo que as palavras não sejam supérfluas e sem virtude de operar” (RODRIGUES, 1972, p. 157).

¹⁹Incumbe acrescentar que o Congresso Nacional, no tema da criminalização da homofobia, não é omissivo, mas sim refratário à ideia. Isso porque já debateu o tema em diversas oportunidades e negou andamento ou reprovou projetos de lei anteriormente apresentados com tal pretensão (como se deu com o PL 5003/2001, a título de exemplificação).

²⁰Na obra Crimes de preconceito e discriminação (op. Cit.), p. 12, foi apontada a existência de doze leis no Brasil que preveem infrações penais ligadas à questão do preconceito e da discriminação em vigor no ano de 2010. Hoje, com a revogação de algumas e a criação de outras, entende-se haver treze leis contendo a temática.

soa com deficiência, segundo o que decidiu o Supremo Tribunal Federal, também é racismo (crime imprescritível e inafiançável).

Em verdade, quando o Supremo Tribunal Federal criminaliza as condutas dos LGBTfóbicos, e equipara os integrantes de um grupo vulnerável não previsto em lei como vítimas de crime de intolerância racista²¹ (repita-se, inserindo-o os criminosos na hipótese do artigo 5º, inciso XLII, da CF), também torna letra morta outros mandados expressos de criminalização, como, exemplificativamente, a previsão do artigo 5º, inciso XLI, do Texto Magno (“A lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”), no qual não estão previstas a inafiançabilidade nem a imprescritibilidade como suas características e que claramente alude a formas de intolerância distintas do racismo.

A grande e dura realidade que alguns não querem enxergar nem assumir é a existência de condutas preconceituosas e discriminatórias ainda não criminalizadas e que, em muitos casos, não devem ser assim tratadas seja porque a sociedade brasileira não está suficientemente madura para lidar com a questão (o que faz surgir, via de regra, quando extraídas “a fórceps” as tristemente chamadas “leis que não pegam”, com suas deletérias consequências). De igual modo não devem ser tais normas penais criadas porque simplesmente inviabilizariam a vida como é, atualmente, nos parâmetros constitucionais, inclusive. Goste-se ou não, o capitalismo impõe discriminações, pois nem todos conseguem acessar os estabelecimentos “abertos ao público”, como restaurantes de alta gastronomia, nem conseguem utilizar meios de transporte como aviões transoceânicos, ou ter acesso a bens de consumo de preços elevados, por pura e simplesmente não terem dinheiro. Em suma, se discriminar alguém por conta de sua classe social (grupo daqueles que não podem pagar), nos termos acima exemplificados, gerar a condenação criminal de que impedir o acesso ao restaurante ou a bordo da aeronave ou a compra numa loja de produtos caros, restariam inviabilizadas as referidas atividades comerciais do país.

Igualmente se pode exemplificar a questão com a situação das pessoas egressas do sistema penitenciário, ou seja, os indivíduos que depois do trânsito em julgado de suas condenações, cumpriram suas penas. Embora se reconheça a relevância de se permitir a inserção ou a reinserção de tais condenados às atividades produtivas da sociedade, não parece razoável que cometa crime de racismo aquele que incidir no tipo penal do artigo 4º da Lei 7716/89, no qual está prevista pena de reclusão de dois a cinco anos àquele que negar ou obstar emprego em empresa privada. Ora, se o Supremo Tribunal Federal entender

²¹ A expressão intolerância, embora não prevista na legislação é aqui utilizada como termo que abrange o preconceito e a discriminação.

que parcela da sociedade segregada (como, por exemplo, os egressos do sistema prisional brasileiro) deva ser protegida pela legislação penal antidiscriminatória e decidir que discriminar ex-detentos (embora não exista nenhuma lei que assim estabeleça) caracteriza crime, o proprietário de uma instituição de ensino de educação infantil (o popular “jardim da infância”) que recusar emprego para trabalho na “escolinha” (em razão dos antecedentes criminais específicos do candidato) a um indivíduo condenado por estupro de criança (de modo impróprio, mas comumente chamado de “pedófilo) poderá ser preso em flagrante e condenado a cumprir pena de reclusão pela conduta discriminatória.

O mesmo se diga àquele que negar o emprego de bancário a um ex-ladrão de banco.

A rudeza dos exemplos não significa que o autor e a autora do presente artigo entendem que se deva negar emprego às pessoas que já cumpriram suas penas, tampouco que as pessoas pobres não deveriam ter acesso a bens de consumo e a uma vida materialmente confortável (no mínimo), mas sim que o Estado (especialmente pelo Poder Judiciário) não pode criminalizar as condutas acima referidas sem que exista lei. Por mais bem-intencionados, capazes e inteligentes sejam os ministros do Supremo Tribunal Federal, não deixam de ser, simplesmente, onze pessoas e seus anseios, suas ideologias e suas convicções não se podem sobrepor à soberania popular. A difícil (se não impossível) tarefa de identificar qual a vontade dos quase duzentos milhões de brasileiros e de fazer as leis que afetam o direito à liberdade deles, não lhes cabe, seja por falta de competência constitucional (pressuposto da falta de aptidão formal) mas também, e principalmente, por lhes faltar legitimidade popular.

Por fim, também foi inadequada a utilização dos fundamentos da decisão do HC 82.424 - “Caso Siegfried Ellwanger” com a apropriação da ideia decorrente do projeto Genoma de que “não há mais raças, mas somente a raça humana” e, por conseguinte, o termo racismo passou a ter significado sociocultural, “(...)desenvolvido de acordo com o contexto histórico e varia conforme o tempo e o local; não depende da similaridade física das pessoas(...)”.

Tal posição, parte do voto do Ministro Celso de Melo proferido no HC82424, foi reproduzida no voto da ADO 26 do STF, para justificar que o racismo também pode abarcar a ideia de preconceito e de discriminação contra a população LGBT.

Com isso, nega-se a característica principal do racismo brasileiro (de difícil superação), aquele essencialmente focado nas características raciais, vale dizer, reconhecer que o racismo contra negros é verificável em nosso país predominantemente (e quase que exclusivamente) pelos aspectos fenotípicos e não pelas características genotípicas. Ao se unificar sob o “guarda-chuva” chamado racismo,

todo e qualquer comportamento intolerante praticado seja contra quem for, banaliza-se, pela generalização, a luta da população negra, responsável pela inclusão do racismo como crime inafiançável e imprescritível no Texto Magno de 1988.

Obviamente que muitas das demais formas de intolerância merecem criminalização (tanto que já criminalizadas por meio de legislação específica – como acima apontado), mas não pelo nome racismo. Não é racismo a intolerância contra pessoa com deficiência, como também não constituem racismo o preconceito e a discriminação praticados contra o idoso.

Do contrário, teríamos que reconhecer a “raça” dos idosos, das pessoas com deficiência, a “raça dos LGBT” ou a “raça dos criminosos reincidentes”. Idoso não é raça, idoso pode ser de todas as raças estabelecidas como tal na ciência da antropologia física. O mesmo se diga da pessoa com deficiência, das pessoas gays, lésbicas, bissexuais e transgêneros e dos egressos do sistema penitenciário.

Relativamente a eles, as formas de intolerância são (ou poderão vir a ser) tidas como delitos por expressa previsão legal (quando houver lei específica), ali-cerçadas no mandado de criminalização do artigo 5º, inciso XLI, da Constituição Federal e não no subsequente, do inciso XLII (repita-se, dotado da imprescritibilidade), ao qual se refere o racismo.

CONCLUSÃO

A situação jurídica da comunidade LGBT carece urgentemente de proteção jurídica, mas também de políticas públicas que permitam às pessoas compreenderem que a sexualidade de alguém não pode ser motivo para violação a qualquer direito, mormente o da vida, o da integridade corporal e ao da igualdade. Os dados alarmantes da crescente violência demonstram que, independentemente da concepção que se adote acerca da eficácia do Direito Penal, ao menos a tomada de posição do Estado no caminho de sua proteção se mostra imperiosa.

Contudo, a criação de tipos penais não pode ocorrer por meio de interpretações jurídicas (pese proferida pela Corte Constitucional) que violam princípios constitucionais e direitos humanos, ao fazer tábula rasa do princípio da reserva legal.

A criação de leis é tarefa afeta exclusivamente ao Poder Legislativo. Não se pode transigir com a estrita legalidade penal.

O tema é polêmico tanto que a decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal não foi unânime.

No âmbito do Congresso Nacional, é possível que a questão tome novos con-

tornos após a criminalização da homofobia pelo Poder Judiciário, embora não se verifique empenho maior para superação das dificuldades. O ideal seria a criação por lei do crime de LGBTfobia, dentro da tramitação normal de uma lei ordinária, interrompendo a possibilidade extremamente temerária de condenação de alguém com base em crime gerado fora dos ditames do princípio da legalidade, o que teria ainda o condão de afastar o risco de possíveis punições internacionais por omissão.

Que sirva, ao menos, portanto, a decisão política do Supremo Tribunal Federal para inspirar a população brasileira a debater o tema com maior profundidade e o Congresso Nacional a legislar.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, A. de. Papéis do direito constitucional no fomento do controle social democrático: algumas propostas sobre o tema da informação. In: NOVELINO, M. (Org.). *Leituras Complementares de Direito Constitucional: Teoria da Constituição*. Salvador: Jus Podivm, 2009.

BARROSO, L. R. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In: SARMENTO, D. (Org.). *Jurisdição Constitucional e Política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

BARROSO, L. R. *Curso de direito constitucional: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BECCARIA, C.²² *Dos delitos e das penas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BIANCHINI, A. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CASARA, R. R. R. *Processo penal do espetáculo: ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

FONTE, F. de M. *Votos do STF são cada vez mais para o grande público*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-mai-20/felipe-fonte-votos-stf-sao-dirigidos-cada-vez-grande-publico>. Acesso em: 16 jun. 2019.

GRECO, R. *Curso de direito penal: Parte geral*. 18 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

GRUPO GAY DA BAHIA. *Mortes violentas de LGBT+ no Brasil: relatório 2018*. Disponível em: <https://grupogaydabahia.files.wordpress.com/2019/01/relat%C3%B3rio-de-crimes-contra-lgbt-brasil-2018-grupo-gay-da-bahia.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2019.

HUNGRIA, N. *Comentários ao Código Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

JUNQUEIRA, G.; VANZOLINI, P. *Manual de direito penal: parte geral*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LEAL, S. T. *A Publicidade das sessões da Suprema Corte*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2011-mai-09/publicidade-sesoes-suprema-corte-brasil-eua#author>. Acesso em: 16 jun. 2019.

MAXIMILIANO, C. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense,

²²Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria.

1995.

MELLO, P. P. C. *Nos bastidores do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PIOVESAN, F. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

RODRIGUES, D. A. V. *Dicionário de brocardos jurídicos*. 7. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1972.

ROUSSEAU, J.-J. *O contrato social*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

SANTOS, C. J. *Crimes de preconceito e de discriminação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, C. J. *Direito penal*. Parte geral. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SARMENTO, D. (Coord.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SARMENTO, D. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades. In: NOVELINO, M. (Org.). *Leituras complementares de direito constitucional: Teoria da Constituição*. Salvador: Jus Podivm, 2009.

STF. *Ação direta de inconstitucionalidade por omissão nº 26*. Relator Ministro Celso de Mello. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em: 15 jun. 2019.

STF. *Mandado de injunção nº 4733*. Relator Ministro Edson Fachin. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp?classe=MI&numero=4733&origem=AP>. Acesso em: 15 jun. 2019.

TAVARES, A. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

TAVARES, A. R.; GAMA, M. F. L. (Coord.). *Omissão inconstitucional*. São Paulo: Max Limonad, 2018.